

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit de la preuve face à l'informatique

Amory, Bernard; Pouillet, Yves

Published in:

Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération

Publication date:

1985

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Amory, B & Pouillet, Y 1985, 'Le droit de la preuve face à l'informatique: approche de droit comparé', *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, Numéro 1, p. 438-459.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LE DROIT DE LA PREUVE FACE A L'INFORMATIQUE: APPROCHE DE DROIT COMPARE

par

Bernard AMORY,

assistant au Centre de Recherches Informatique et Droit,
Facultés universitaires de Namur,
conseiller juridique, Dechert, Price & Rhoads, Bruxelles

et Yves POULLET,

chargé de cours,
directeur au Centre de Recherches Informatique et Droit,
Facultés universitaires de Namur

LE DROIT DE LA PREUVE FACE A L'INFORMATIQUE : APPROCHE DE DROIT COMPARÉ

(GRANDE-BRETAGNE, ÉTATS-UNIS,
BELGIQUE, FRANCE)

par Bernard AMORY,
assistant au Centre de recherches Informatique et Droit,
Facultés universitaires de Namur,
conseiller juridique, Dechert, Price & Rhoads, Bruxelles

et Yves POULLET,
chargé de cours,
directeur du Centre de recherches Informatique et Droit,
Facultés universitaires de Namur

RÉSUMÉ

L'ordinateur est couramment utilisé par les entreprises et les organismes publics. Il fait aussi son apparition dans les foyers.

Les nouvelles techniques de conservation des informations, de conclusion de transactions et d'aide à la décision que l'utilisation de l'informatique a suscitées soulèvent des questions juridiques parfois difficiles, en particulier en matière de droit de la preuve.

Les documents d'origine informatique sont-ils recevables à titre de preuve des faits qu'ils contiennent ? Quelle en est la valeur probante ? Que vaut devant le juge la démonstration par un système expert ?

Le présent exposé examine les questions apportées ou envisagées dans deux systèmes juridiques : le droit anglo-saxon et le droit civil français et belge.

Les auteurs remercient MM. C. Price, avocat, X. Thunis, juriste d'entreprise, et J. Ramaekers, directeur de l'Institut d'informatique de Namur, pour leurs conseils.

PLAN

INTRODUCTION

SECTION I :

Aspects techniques : la crédibilité des documents d'origine informatique

SECTION II :

L'approche juridique anglo-saxonne

- I. La règle de l'original
 - A. Droit anglais
 - B. Droit américain
- II. La règle de l'oui-dire
 - A. Droit anglais
 - a. Les exceptions jurisprudentielles
 - b. Les exceptions légales
 - B. Droit américain
 - a. La jurisprudence
 - b. La législation

SECTION III :

Le droit belge et français de la preuve face à l'informatique

- I. Questions envisagées
- II. Les documents informatisés et la conclusion des contrats
 - A. Le problème
 - B. Les exigences légales
 - a. Le préalable
 - b. Le principe
 - c. Les exceptions
 - C. Les modes techniques d'admission de la preuve
 - a. Preuve de l'existence de la convention
 - b. Preuve de l'identité des parties
 - c. Preuve du contenu de la convention
- III. Les documents informatisés et la conservation d'actes ou de faits juridiques

CONCLUSION

INTRODUCTION

Le comparatiste, devant un problème donné, a le choix entre deux méthodes. Soit sa lecture est transversale ; il cherche à travers les réglementations de différents pays à identifier les questions essentielles auxquelles toutes les réglementations répondent. Il s'agit d'emblée de comparer des solutions, de souligner leur variété et d'en préciser l'originalité.

Soit sa lecture est verticale. Le problème analysé n'est pas découpé en multiples questions précises mais envisagé globalement à l'intérieur de différents ordres juridiques, chacun pris séparément. La comparaison ne peut venir qu'a posteriori, c'est-à-dire à partir de ces approches globales.

Dans la matière qui nous occupe : le droit de la preuve face à l'informatique, la seconde approche a été préférée.

Deux raisons contribuaient à ce choix : l'une historique notait que, si le droit de la preuve anglo-saxon s'était préoccupé de longue date des questions soulevées par les documents informatisés et en recensait de multiples, bien de ces questions n'avaient pas encore été aperçues jusqu'à présent par notre droit de la preuve.

L'autre est juridique : il est rare de trouver dans les matières juridiques civiles des approches aussi différentes que celles développées en matière de preuve. C'est que les solutions en cette matière dépendent de multiples facteurs, en particulier du droit procédural, profondément original, de chaque pays.

Pour ces deux raisons, il importait, dans un premier temps, de juxtaposer deux démarches. Nous avons conscience que le second temps, celui de la confrontation, est à peine ébauché, ici.

Section I

ASPECTS TECHNIQUES : LA CRÉDIBILITÉ DES DOCUMENTS D'ORIGINE INFORMATIQUE

Préalablement à une étude juridique de la valeur probante des données et des transactions informatisées (1), il est utile d'examiner très brièvement, en-dehors de toute considération strictement juridique, quelle crédibilité peut être réservée aux documents informatisés. Dans quelle mesure ceux-ci reflètent-ils fidèlement l'information qu'ils sont supposés contenir ?

(1) Nous entendons par là toute donnée ayant fait l'objet d'un traitement informatique quelconque et toute transaction conclue et/ou exécutée par l'intermédiaire d'un ordinateur.

Les documents informatisés peuvent contenir plusieurs types d'erreurs. Celles-ci ont différentes origines : humaine, technique ou extérieure ; elles peuvent se produire à différents moments : lors de l'introduction des données dans l'ordinateur, en cours de traitement ou de conservation et, enfin, lors de leur restitution par l'ordinateur et de leur transport.

La source d'erreur qui semble de loin la plus fréquente est l'erreur d'origine humaine (2). L'ordinateur n'exclut pas l'intervention de l'homme ; au contraire, celle-ci se manifeste directement ou indirectement, de manière licite ou parfois illicite (on parlera alors de fraude), à plusieurs niveaux.

En premier lieu, lors de l'introduction des données, l'intervention d'un encodeur est très souvent nécessaire et une erreur se glissera facilement lors de cette opération manuelle (par exemple, erreur de recopiage d'un chiffre figurant sur une facture). Même lorsque l'intervention humaine est réduite à son minimum, le risque d'erreur n'est pas inexistant. Ainsi, dans les systèmes de lecture optique des prix qui ont récemment fait leur apparition dans nos grands magasins, la caissière peut se tromper dans la procédure qu'elle doit suivre. La constatation de l'erreur se révèle très difficile lorsque l'original d'où provient la donnée introduite (par exemple, une facture) a été détruit ou si cet original n'a jamais existé (lecture optique). A cela, s'ajoute le fait que, contrairement aux systèmes traditionnels de conservation de données, les ordinateurs fonctionnent généralement de manière non-cumulative, de sorte que, lorsqu'une donnée est modifiée ou mise à jour, sa version précédente est effacée et donc indisponible pour une vérification éventuelle.

En ce qui concerne leur traitement et leur conservation, les données sont exposées, non seulement aux erreurs de manipulation des opérateurs, mais également à des erreurs d'origine humaine indirecte. En effet, ces deux opérations (traitement et conservation) sont réalisées par des programmes qui, en tant qu'œuvres humaines, sont susceptibles d'être source d'erreurs. Une autre source d'erreur humaine à ce niveau est celle qui résulte de l'accès frauduleux à l'ordinateur par des personnes habiles qui en modifient les programmes et les données sans même qu'il reste de trace de leur intervention. La familiarisation croissante du public à l'informatique ne fait qu'augmenter ce risque. Il existe, bien entendu, de nombreux moyens visant à assurer la sécurité des ordinateurs dont les plus typiques sont l'utilisation de codes secrets d'accès et de cryptographie.

(2) James A. Sprowl, *Evaluating the Credibility of Computer Generated Evidence*, Chic. Kent Law R., vol. 52, 1975, p. 543.

Les documents informatisés peuvent également contenir des erreurs dues à des facteurs d'origine externe. Un environnement inadéquat (température, humidité, électromagnétisme,...) peut être à l'origine d'une panne, laquelle peut entraîner des déformations ou la suppression de documents informatisés.

Une troisième source d'erreurs est purement technique. Celles-ci peuvent survenir à la suite d'un mauvais fonctionnement du matériel informatique ou du logiciel ou encore des moyens de télécommunications reliant différents appareils ou, enfin, au cours des interactions entre ces différents éléments. Ainsi, pour pouvoir être traitées par l'ordinateur, les données introduites sont converties et transposées de nombreuses fois avant d'être restituées de façon lisible et compréhensible à l'utilisateur. Un risque de déformation des données originales introduites existe au niveau de ces diverses transformations.

Quelle que soit son origine, le risque d'erreur augmente en fonction de la complexité du système auquel une donnée est soumise. Cette complexité résulte aussi bien du nombre d'appareils utilisés que des opérations effectuées (du simple stockage au traitement le plus complexe).

De ce bref tour d'horizon des erreurs susceptibles d'affecter les documents informatisés, le lecteur pourrait conclure qu'aucune foi ne peut leur être accordée. Au contraire, l'expérience a prouvé que le risque d'erreurs est extrêmement bas (3), du moins en ce qui concerne les erreurs d'origine technique ou extérieure et ce, grâce à l'utilisation de systèmes efficaces de détection, de correction et de prévention des erreurs installés sur la plupart des ordinateurs.

Il faut, toutefois, garder à l'esprit que la valeur d'un document sortant d'un ordinateur sera toujours dépendante de la valeur des données introduites au départ, c'est ce qu'exprime la formule américaine "GIGO" (Garbage in, Garbage out).

Section II

L'APPROCHE JURIDIQUE ANGLO-SAXONNE

I. — LA RÈGLE DE L'ORIGINAL

En droit anglo-saxon, un document ne peut faire, en principe, preuve des informations qu'il contient que s'il est présenté dans sa version originale. Cette règle semble constituer un

(3) William A. Fenwick et Gordon K. Davidson, *Use of Computerized Records as Evidence*, Jurimetrics Journal, 1978, vol. 19, p. 21.

obstacle majeur pour celui qui veut prouver au moyen de documents d'origine informatique. En effet, les documents informatisés ne sont souvent que la transcription d'un écrit traditionnel (facture, bon de commande, etc.), lequel constitue l'original qui est généralement détruit peu de temps après son enregistrement informatique. Même lorsqu'il n'existe pas d'écrit traditionnel à la base du document informatisé (par exemple, dans les systèmes de lecture optique), ne doit-on pas considérer que l'original est la donnée contenue dans l'ordinateur sous forme magnétique ou électronique et que l'imprimé produit par la machine sur lequel elle apparaît de façon lisible n'en est qu'une transcription ?

Il existe heureusement, tant en droit américain qu'en droit anglais, de nombreuses exceptions légales et jurisprudentielles à la règle de l'original dont certaines se sont révélées adéquates pour une application aux documents informatisés.

A. — *Le droit anglais*

En droit anglais, la jurisprudence a admis dès 1892 la production d'une copie comme preuve du contenu de son original si la partie qui s'en prévaut établit qu'elle n'a pu se procurer l'original (4). Grâce à ses termes très généraux, cette exception permet de rencontrer les objections à l'admissibilité des documents informatisés décrites ci-dessus. Il suffira de prouver que les originaux à la base des documents informatisés ont été détruits ou n'ont jamais existé (cas de la lecture optique) pour que leur indisponibilité soit établie. De même, dans leur forme magnétique ou électronique, il semble normal de les considérer comme indisponibles puisqu'ils sont incompréhensibles pour l'homme.

Il existe également des exceptions légales à la règle de l'original. Le Civil Evidence Act 1968 dont la Section 5 admet sous des conditions rigoureuses la preuve par documents informatisés, reconnaît aussi la valeur probante des copies de ces documents à condition que leur conformité soit suffisamment établie aux yeux du tribunal (5). A notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence définissant les critères de conformité en matière de documents informatisés. Cette disposition permet donc la recevabilité de la copie d'une copie à titre de preuve.

(4) Lucas V. Williams & Sons (1892) 2 Q.B. 113, p. 116, C.A. per Lord Esher, MR.

(5) Civil Evidence Act 1968, Sect. 5, qui dit : « (une copie) authentifiée d'une manière approuvée par la Cour ».

B. — *Le droit américain*

Le droit américain connaît également de nombreuses exceptions à la règle de l'original dont certaines ont trouvé à s'appliquer aux documents informatisés.

Il existe une exception qui prévoit que lorsque les originaux sont trop volumineux ou trop complexes (6) pour être utilement présentés au juge, un résumé ou un extrait de ceux-ci est admissible à titre de preuve pourvu que la partie adverse ait eu l'occasion d'examiner les originaux. Cette exception permet la recevabilité des documents informatisés reprenant des informations qui ont fait l'objet d'un traitement informatique plus ou moins complexe à condition que les données originales aient été conservées. Toutefois, la partie adverse devrait être autorisée à examiner non seulement les originaux mais aussi les programmes.

Comme en droit anglais, une copie est admissible lorsque l'original est indisponible. Il est notamment recouru à cette exception lorsque les originaux ont été détruits dans le cours normal des affaires.

Dans son application aux documents informatisés, l'exception a été interprétée très largement (7). La jurisprudence (8) a également rejeté l'argument selon lequel un imprimé sortant d'un ordinateur n'est que la copie d'un original existant sous forme magnétique ou électronique au motif que sous cette forme, des données sont incompréhensibles et inutilisables par l'homme.

Cette tendance jurisprudentielle de traiter les documents informatisés comme des originaux a été confirmée par le législateur dans les Federal Rules of Evidence (9) qui stipulent que lorsque des données sont conservées par ordinateur, tout imprimé ou autre moyen lisible reflétant avec précision ces données est considéré comme un original.

Conclusion

Grâce à l'existence d'exceptions jurisprudentielles exprimées en termes suffisamment souples, le droit anglo-saxon a fait preuve d'une grande adaptabilité aux problèmes nouveaux soulevés par l'évolution des techniques. Ces interprétations jurisprudentielles ont été confirmées et renforcées par le législateur.

(6) "Voluminous writing exception".

(7) Jerome J. Roberts, *A Practitioner's Primer on Computer Generated Evidence*, The University of Chicago Law Review, vol. 41, 1974, p. 254 et s.

(8) King v. State ex rel. Murdock Acceptance Corp., 222, So 2d, 393 (Miss. 1969).

(9) Federal Rules of Evidence, Rule 1001 (3).

II. — LA RÈGLE DE L'OUI-DIRE

Le droit anglo-saxon dénie, en principe, toute valeur à la preuve par oui-dire : toute déclaration écrite ou orale qui ne peut être soumise à l'examen contraire ("cross-examination") est irrecevable. Le témoignage par lequel A rapporte que B a fait telle déclaration est donc inadmissible comme preuve du contenu de celle-ci si B ne peut être interrogé personnellement devant le tribunal. Appliquée aux écrits, cette règle signifie qu'un document est irrecevable à titre de preuve si son auteur n'est pas présent pour témoigner de son contenu.

Lorsqu'un document traditionnel est introduit dans un ordinateur par un encodeur puis présenté sous forme de document informatisé devant un tribunal, l'information originaire qu'il contient est passée dans plusieurs mains : celles de l'auteur de l'original, de l'encodeur et de l'ordinateur lui-même puisque celui-ci traite et/ou conserve l'information et est donc susceptible de la transformer. Celui-ci ne peut, par nature, être soumis à l'examen contradictoire et c'est pour cette raison que la doctrine (10) et la jurisprudence (11) ont qualifié les documents informatisés de preuve par oui-dire. La règle connaît cependant de nombreuses exceptions légales et jurisprudentielles qui se sont développées dans les pays de droit anglo-saxon, parfois de façon un peu différente. Il convient d'examiner leur applicabilité aux documents informatisés et, lorsque celle-ci n'est pas possible, les solutions spécifiques qui ont été trouvées.

A. — Le droit anglais

a) Les exceptions jurisprudentielles

En droit anglais, aucune exception jurisprudentielle à la règle de l'oui-dire ne s'est révélée adéquate pour permettre la recevabilité des documents informatisés comme preuve de leur contenu.

De nouvelles exceptions jurisprudentielles n'ont pu être développées, car, en 1965 (12), la Chambre des Lords a décidé que les cours et tribunaux ne pouvaient plus créer de nouvelles dérogations à la règle de l'oui-dire.

b) Les exceptions légales

En l'absence d'exception jurisprudentielle, il convient d'examiner les solutions législatives apportées par le droit anglais aux problèmes posés par les techniques modernes de conservation des documents.

En 1968, le Civil Evidence Act a introduit, en plus de nouvelles dispositions générales relatives à la preuve par oui-dire, des dispositions spécifiques aux documents d'origine informatique.

Dans les procédures civiles (13), une information contenue dans un document (14) produit par un ordinateur sera, sous réserve des conditions de procédure, recevable à titre de preuve de tout fait qu'elle révèle dont un témoignage oral et direct aurait été recevable s'il est démontré que les conditions énumérées dans l'al. 2 sont satisfaites.

Ces conditions sont :

a) que le document contenant l'information a été produit par l'ordinateur à un moment où celui-ci était utilisé régulièrement pour conserver ou traiter des données relatives à des activités exercées régulièrement pendant cette période, avec ou sans but de lucre, par toute personne physique ou morale ;

b) que pendant cette même période, l'ordinateur était régulièrement alimenté dans le cours normal de ces activités avec des données de la même nature que celles figurant dans le document ou à l'origine de celles-ci ;

c) que durant cette période, l'ordinateur fonctionnait correctement ou, si tel n'était pas le cas, la défectuosité n'était pas de nature à affecter la production du document ou la précision de son contenu ; et

d) que les informations contenues dans le document reproduisent ou trouvent leur origine dans des données introduites dans l'ordinateur dans le cours normal de ces activités.

En vertu de l'alinéa 4, un certificat identifiant le document, décrivant la manière et le matériel avec lesquels il a été produit ainsi que toute autre information utile au regard des conditions figurant dans l'alinéa 2 sera déposé devant la cour après avoir été signé par une personne responsable.

(10) Voir notamment William A. Fenwick et Gordon K. Davidson, *op. cit.* in *Jurimetrics Journal*, Vol. 19, 1978, p. 9 à 17 ; Jerome J. Roberts, *op. cit.* in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 41, 1974, p. 254 à 280 ; Colin Tapper, *Evidence from Computers*, *Georgia Law Review*, Vol. 8, 1974, p. 562 à 613.

(11) Voir, entre autres, *United States v. De Georgia*, 420, F.2d. 889 (9th Cir. 1969) et *Myers v. Director of Public Prosecutions* (1965) A.C. 1001.

(12) *Myers v. Director of Public Prosecutions* (1965) A.C. 1001.

(13) La procédure civile s'oppose à la procédure pénale et comprend les affaires à caractère commercial.

(14) Le terme "document" est défini comme comprenant « tout disque, bande, enregistrement sonore ou autre procédé contenant des sons ou autres données (à l'exclusion des images visuelles) susceptibles d'être reproduits (avec ou sans l'aide d'autres appareils) ... » Section (1) (c).

La force probante à accorder à un document déclaré recevable est laissée à l'appréciation de la cour. Celle-ci devra tenir compte de toutes circonstances utiles et notamment du degré de simultanéité entre le moment où le fait s'est produit et son introduction dans l'ordinateur ainsi que de l'intérêt éventuel des personnes impliquées à modifier les données.

Ces dispositions ont fait l'objet de vives critiques (15) sur le plan des définitions qu'elles contiennent et des conditions de recevabilité qu'elles établissent.

Nulle part, il n'est fait mention du logiciel et la définition donnée de l'ordinateur se limite à ses aspects matériels. Il en résulte que l'exigence du bon fonctionnement ne porte pas sur les programmes qui sont pourtant souvent la cause d'erreurs.

Les conditions de régularité dans le fonctionnement de l'ordinateur (section 5 (2) (a)) et dans l'introduction des données (section 5 (2) (b)) ne semblent pas justifiées : des données introduites occasionnellement ou un ordinateur fonctionnant sans régularité sont-ils vraiment moins fiables ?

En effet, la valeur du document dépend d'abord de la valeur des données introduites. Or, la loi n'exige pas le témoignage de celui qui a introduit les données et qui connaît donc les documents ou faits à l'origine du document informatique et ne prévoit aucune condition permettant au tribunal de vérifier si des erreurs ou des modifications ont pu se produire lors de l'opération de transcription des données.

A notre connaissance, il n'existe pas encore de décisions jurisprudentielles significatives quant à l'interprétation donnée par les juges aux dispositions du Civil Evidence Act 1968 relatives aux documents d'origine informatique et particulièrement aux circonstances retenues en vertu de la section 6 3c, pour décider de la force probante à réserver aux documents admis.

Enfin, il faut encore mentionner que le Civil Evidence Act 1972 qui établit des exceptions à l'irrecevabilité des opinions personnelles en prévoyant notamment l'admissibilité des témoignages d'experts, exclut explicitement (16) la recevabilité des "avis" rendus par des ordinateurs, écartant ainsi la possibilité d'utiliser en justice en tant qu'opinion les "systèmes experts" (appelés aussi "intelligence artificielle") qui connaissent actuellement un développement considérable.

(15) Colin Tapper, *op. cit.* in *Georgia Law Review*, Vol. 8, 1974, p. 604 à 612 ; T.R.H. Sizer, *Computer Generated Output as Admissible Evidence in Civil and Criminal Cases*, a Report by the Professional Advisory Committee of the British Computer Society, 1982, p. 10 et 11.

(16) Civil Evidence Act 1972, Section 1 (1).

B. — Le droit américain

a) La jurisprudence

En droit américain, il existe une exception d'origine jurisprudentielle connue sous le nom de "business records exception" prévoyant que les données commerciales (17) sont recevables à titre de preuve à condition que les transactions qu'elles révèlent aient été réalisées dans le cours normal et régulier des affaires et enregistrées dans les mêmes circonstances au moment ou peu après leur réalisation (18).

Les conditions de recevabilité des données commerciales étant basées sur les circonstances dans lesquelles elles ont été enregistrées et non sur leur forme, la jurisprudence a pu recourir à la "business records exception" pour admettre la recevabilité des documents informatisés. Deux objections pouvaient cependant être soulevées à l'encontre de cette recevabilité. Premièrement, les données informatisées sont souvent conservées uniquement sous forme magnétique ou électronique et ne sont imprimées sur un document lisible que si cela se révèle nécessaire (par exemple, à l'occasion d'une contestation) et ce, souvent longtemps après leur enregistrement. Il en résulte que l'on pourrait prétendre que les documents informatisés ne remplissent ni la condition de régularité, ni la condition de simultanéité. Dans une jurisprudence relativement abondante partiellement examinée ci-après, les juges américains ont réfuté ces deux objections et ont précisé les spécificités des conditions d'application de la "business records exception" aux documents informatisés.

La première décision importante concernant l'admissibilité des documents informatisés a été rendue en 1965 dans l'affaire *Transport Indemnity Co. v. Seib* (19) dans laquelle le défendeur prétendait que les documents informatisés présentés par le demandeur étaient irrecevables, car ils avaient été spécialement imprimés pour le jugement et n'avaient donc pas le caractère régulier exigé par la "business records exception".

Il argumentait aussi qu'ils n'avaient pas été imprimés au moment ou peu après la survenance des faits et ne remplissaient donc pas non plus la seconde condition, celle de la simultanéité. La cour a rejeté ces arguments considérant que les conditions de régularité et de simultanéité ne devaient pas être remplies au niveau de l'impression des données mais au mo-

(17) On entend par là toutes les données se rapportant à des entreprises, professions libérales, occupations ou institutions diverses avec ou sans but de lucre.

(18) Voir notamment Article 63 (13) des Uniform Rules of Evidence.

(19) 178. Neb 253, 132 NW 2d 871 11 ALR 3d 1368 avec note de J. Evans.

ment de leur enregistrement et de leur traitement sous forme magnétique ou électronique.

Dans son jugement, la cour a dit que la "business records exception" ne devait pas être interprétée restrictivement au risque d'annihiler son utilité, car elle est destinée « à faire entrer dans les salles d'audiences les réalités du monde des affaires et des pratiques professionnelles ».

Cette décision a été suivie par une jurisprudence relativement abondante qui a précisé les spécificités de l'application de la "business records exception" aux documents informatisés.

Conformément à la "business records exception", le témoignage personnel de la (ou des) personne(s) ayant effectué l'enregistrement des données n'est pas nécessaire « dès le moment où les inconvénients de les appeler dépassent les avantages d'un témoignage personnel » (20). Les documents pourront être présentés par la personne responsable du service informatique (21) ou même par tout employé de la société qui est au courant des systèmes d'enregistrement, de traitement et de conservation des données (22).

Les points sur lesquels le témoignage doit porter pour que les documents informatisés soient considérés comme fiables par le juge ont également été précisés (23). Ils concernent :

- la fiabilité du système auquel les données ont été soumises (programme et matériel) ;
- la manière dont les données ont été introduites ;
- les procédés de détection et de correction des erreurs ;
- le mode de préparation des imprimés ;
- et, bien entendu, des informations montrant la régularité et la simultanéité (cf. *supra*).

Au début, la jurisprudence exigeait que l'ordinateur utilisé soit un équipement standard (24). Cette exigence a été abandonnée. Elle avait d'ailleurs été vivement critiquée par Tapper (25) qui l'a considérée comme injustifiée dans la mesure où il était prouvé que l'équipement fonctionnait convenablement. Ajoutons qu'une telle exigence risquait de constituer un frein au développement technologique, les entreprises n'ayant pas

intérêt, dans ces circonstances, à utiliser des équipements expérimentaux ou sur mesure.

Sans le témoignage d'une personne plus ou moins qualifiée sur les aspects énumérés ci-dessus (26), le document est irrecevable.

Moyennant satisfaction de ces conditions, un document informatisé est admissible à titre de preuve des informations qu'il contient. Sa force probante sera déterminée par le juge en fonction de l'ensemble des éléments qui lui sont présentés par les parties. Dans *Olympic Insurance Co. v. Harrison Inc.* (27), le juge leur a accordé une présomption réfragable de fiabilité. La partie adverse doit cependant avoir la possibilité d'examiner le système (programme, matériel) et les données originales, si elles existent, pour pouvoir renverser cette présomption (28).

Pour terminer, il est intéressant de mentionner l'attitude très favorable des tribunaux devant le phénomène très récent des données créées par ordinateur (systèmes experts, intelligence artificielle...). Leur admissibilité ne peut être justifiée par la "business records exception" mais bien sur base de la recevabilité des témoignages d'experts (29). Cette recevabilité nous semble devoir être subordonnée à la possibilité pour le défendeur d'examiner les programmes créateurs des données présentées.

b) La législation

Contrairement au droit anglais, la grande souplesse de la "business records exception" ne nécessitait pas d'intervention du législateur américain pour permettre l'admissibilité des documents informatisés. Toutefois, le législateur fédéral a proposé une nouvelle formulation dans les Federal Rules of Evidence (30) stipulant que l'exception s'applique aux données « que que soit leur mode de conservation ». Les commentaires officiels de cette disposition précisent qu'elle inclut les données conservées par ordinateur.

En ce qu'elle ne fait que confirmer une jurisprudence déjà solidement établie, cette disposition n'était pas vraiment nécessaire. Par contre, elle trouvera toute son utilité lorsque des

(20) *King v. State ex rel. Murdock Acceptance*, *Supra*, note (8).

(21) Cf. *Transport Indemnity Co. v. Seib*, *Supra*, note (19) 3d 1368 et *King v. State ex rel. Murdock Acceptance Corp.*, *Supra*, note (8).

(22) *Merrick v. U.S. Rubber Co.* (7 Ariz. App. 433) 440, P 2d, 314 (1968).

(23) Cf. *Monarch Savings and Loan Association v. Genser*, 156 N.J. Super. 107 (Ch. Div. 1977).

(24) *King v. State ex rel. Murdock Acceptance*, *Supra*, note (8).

(25) Colin Tapper, *op. cit. in Georgia Law Review*, p. 577-578.

(26) Cf. *North Carolina v. Springer, Jr* (283 NC. 627) 197, S.E. 2d, 530 ; 5, CLSR 432 (1973).

(27) 418, F 2d, 669 (5th Cir. 1969).

(28) Cf. *United States v. De Georgia*, 420, F 2d, 889 (1969).

(29) Voir William A. Fenwick et Gordon K. Davidson, *op. cit. in Jurimetrics Journal*, 1978, Vol. 19, p. 23 et Alan L. Teubner, *The Computer as an Expert Witness : towards a Unified theory of Computer Evidence*, *Jurimetrics Journal*, 1979, Vol. 19, p. 274 à 289.

(30) Federal Rules of Evidence, Pub. L. n° 93.595. 88Stat 1926 (1975). Rule 803 - (6) (7).

nouvelles techniques de conservation des données seront découvertes.

Conclusion

Bien qu'ils trouvent tous les deux leur origine dans la Common Law, le droit anglais et le droit américain ont évolué de façon différente. Il en résulte que, face à des problèmes nouveaux tels que la production de documents informatisés comme preuve des informations qu'ils contiennent, ces deux systèmes juridiques frères ont dû réagir différemment. Dans la matière qui nous concerne, cela est surtout frappant dans l'application de la règle de l'ouï-dire. Alors que celle-ci a pu être étendue par la jurisprudence américaine aux documents informatisés, le droit anglais a été amené à prévoir des dispositions législatives spécifiques qui y étaient adaptées. Cette grande souplesse du droit américain de la preuve face aux techniques nouvelles a encore été démontrée par son attitude à l'égard des systèmes experts.

Section III

LE DROIT BELGE ET FRANÇAIS DE LA PREUVE FACE A L'INFORMATIQUE

I. — QUESTIONS ENVISAGÉES

Deux questions sont à évoquer :

1) Certaines transactions s'opèrent par le biais d'ordinateurs. Dans quelle mesure ces transactions dites télématiques peuvent-elles se prouver par les seuls documents informatisés qui en conservent la trace ?

2) « Les entreprises ont recours aux procédés de reproduction par micrographie et aux techniques d'enregistrement des informations sur ordinateur en détruisant les originaux, s'ils existent, afin d'économiser les coûts d'archivage et des locaux » (31). Dans quelle mesure ces documents comptables et ces archives informatisés sont-ils admissibles à titre de preuve judiciaire ou devant certaines administrations (fiscales, en particulier) ?

Nous évoquerons successivement ces deux questions.

II. — LES DOCUMENTS INFORMATISÉS ET LA CONCLUSION DE CONTRATS (32)

A. — Le problème

Si l'avantage de la télématique est la rapidité accrue dans la conclusion du contrat, son inconvénient est la fugacité. Les mentions apparaissent et disparaissent à l'écran, rendant problématique la constitution d'une trace de ce qui s'est échangé. Or la loi exige, en principe, un écrit pour prouver l'existence d'un contrat.

La preuve de la transaction pose trois questions différentes (33) :

- la preuve de l'existence du contrat ;
- la preuve du contenu du contrat ;
- la preuve de l'identité des parties à ce contrat.

Les exigences légales relatives à ces trois niveaux de preuve peuvent être différentes.

B. — Les exigences légales

a) *Le préalable* : la distinction acte-fait juridique

Le droit civil distingue nettement la preuve des actes juridiques de celle des faits juridiques. La distinction entre les deux notions n'est pas chose facile (34). « C'est que le fait juridique est un fait social, un fait de l'homme. Le "je pense donc je suis" conduit à dire que le fait juridique étant lié à l'individu l'est par lui-même à sa volonté. Toutefois, et c'est là que réside l'opposition à l'acte juridique, les conséquences de droit du fait juridique sont indépendantes de la volonté de l'auteur... Une caractéristique du fait juridique est de laisser indéterminée la portée exacte de ses effets » (35).

Si la distinction "acte-fait juridique" n'est pas chose aisée, la conséquence en ce qui concerne le régime de la preuve est importante. Le fait juridique peut être prouvé par tous les moyens de droit : présomptions, témoignages, aveu, etc. Par contre, en matière d'acte juridique, le code impose, en princi-

(32) Voir Y. Pouillet et X. Thunis, *Introduction aux aspects juridiques de la télématique*, in La Télématique, Aspects techniques, juridiques et socio-politiques, Actes du colloque de Namur, Gent, Ed. Story-Scientia, 1984, t. I, n° 60 et s. La présente contribution reprend de larges passages du rapport cité. Cf. également Fr. Chamoux, *La preuve dans les affaires, de l'écrit au microfilm*, Litec, 1980.

(33) Françoise Chamoux, *La force probante des supports modernes d'information*, Inf. et gestion, 1981, n° 126, 25 et 26.

(34) Cf. à cet égard, la thèse de Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse, Paris, 1970.

(35) J.L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, thèse, Paris, 1970, 188.

(31) Recommandation n° R (81) 20 du Comité des ministres du 11 décembre 1981.

pe, l'obligation de rédiger un écrit signé à titre probatoire.

Cette exigence a été réaffirmée à de nombreuses reprises (36). En particulier, les juges (37) ont refusé de prendre en considération comme écrit les échanges de correspondances par télécopieur au motif que l'original composé à distance n'est pas signé et ne peut donc être considéré comme un acte sous seing privé.

b) *Le principe*

Le principe de l'exigence de l'écrit pour les actes juridiques figure à l'article 1341 du code civil. L'application de ce principe aux contrats conclus par la télématique amène à s'interroger sur la valeur probante de ces transactions : les conventions passées par les réseaux télématiques se dématérialisent ; la signature écrite, expression de la personnalité d'un individu et de son adhésion au contenu d'un acte, disparaît. Les traces éventuelles de la transaction ne peuvent donc, apparemment du moins, avoir aucune valeur probatoire ni servir à l'établissement de la vérité judiciaire. Cette conclusion un peu rapide doit être nuancée.

c) *Les exceptions au principe* et leur application aux contrats télématiques

Les exigences de preuve de l'article 1341 du code civil ne portent que sur l'existence de la convention.

Lorsque l'existence de l'acte n'est pas contestée mais bien son contenu, la jurisprudence française admet que la restriction à l'admissibilité des modes de preuve ne joue pas.

Ainsi, la preuve par présomptions et témoins pourrait-elle être admise pour déterminer son contenu.

Les exigences légales et leur interprétation

1. Les transactions relatives à de petits montants (jusque 5.000 francs français en France ; jusque 3.000 francs belges en Belgique) peuvent être prouvées par tout moyen de droit. Ce sera souvent le cas en matière de contrats conclus et/ou exécutés par la télématique.

2. L'article 1341 du code civil s'applique quand la matière, c'est-à-dire l'acte, relève du droit civil (art. 1341, al. 2). En ma-

(36) Nonobstant la recommandation du comité des ministres déjà citée qui demande aux gouvernements des Etats membres dont la législation impose la preuve par écrit d'« examiner la possibilité de supprimer cette exigence ». Sur ce point, X. Linant de Bellefonds, *L'informatique et le droit*, P.U.F., 1981, 43.

(37) Cass. comm. fr., 19 novembre 1973, Bull. civ., 1973, IV, n° 333 ; G. Goubeaux et D. Rühl, v. *Preuve*, Dalloz, Rép. dr. comm., 1979, n° 944.

tière commerciale, la preuve est libre et tous les modes de preuve sont recevables sous le contrôle du juge.

L'exigence d'une preuve écrite se fera donc moins sentir dans la télématique professionnelle que dans le vidéotex grand-public puisque la première met souvent en relations des commerçants tandis que le second, dans la plupart des hypothèses, rend possible, à distance, un contrat entre un commerçant (le serveur) et un non-commerçant.

En effet, dans ce cas, l'acte est mixte et l'article 1341 réserve ses rigueurs au commerçant qui peut éprouver quelques difficultés à produire une preuve écrite signée de l'acte juridique passé sur le réseau (38).

3. Selon de nombreux auteurs (39), l'article 1341 du code civil n'est ni une disposition impérative, ni une disposition d'ordre public. Ainsi, il serait possible de déroger à la règle de l'écrit dans une convention relative à la preuve précisant que les opérations juridiques passées sur le réseau peuvent être prouvées par toutes voies de droit.

Cette convention pourrait revêtir la forme d'un règlement général applicable à l'ensemble des opérations qui seront passées par le service télématique, ainsi le règlement relatif à la remise d'une carte de banque.

4) L'article 1341 ne s'applique pas davantage lorsqu'il n'a pas été possible à celui qui invoque le fait de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui (code civil, art. 1348) ou lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (code civil, art. 1347).

Il semble que l'utilisation de systèmes informatiques ou de réseaux télématiques, du moins dans ses applications grand-public, constitue l'exception prévue à l'article 1348 du code civil. Cette interprétation s'accorde en tout cas avec la conception extensive en jurisprudence de l'impossibilité de se réserver une preuve écrite (40).

On sait que la loi française récente du 12 juillet 1980 a entériné cette évolution jurisprudentielle en prévoyant la dispense d'écrit au cas où il y a "impossibilité matérielle" de se procurer

(38) Dirk Syx, *Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds*, avril 1982, édité par la Kredietbank, 62 à 63.

(39) Xavier Malengreaux, *Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents*, Ann. dr. Louvain, 1982, 117 et les références citées à la note 25.

(40) Dans ce sens, Xavier Malengreaux, *op. cit.*, 116 ; cf. également J. Van Rijn et J. Heenen, *Traité de droit commercial*, t. I, 481 ; P. Malinvaud, *L'impossibilité de la preuve écrite*, J.C.P. 1972, I, 2468. Dans la jurisprudence belge, Liège, 20 juin 1978, Jur. Liège, 21 octobre 1978.

un tel écrit. Comme le note Fr. Chamoux (41), « il sera relativement facile au juge de considérer qu'il y a eu impossibilité de rédiger un écrit, chaque fois qu'il se trouvera en face d'un procédé de transmission de données dématérialisées ».

C. — Modes techniques d'administration de la preuve

Une fois que l'on a déterminé l'impossibilité pour les parties contractant par réseau télématique de se réserver une preuve écrite signée, que l'on a montré, en analysant la portée de l'article 1341 du code civil, que le principe même de l'écrit signé (*instrumentum*) requis pour faire preuve d'un acte juridique (*negotium*) souffre de larges exceptions dérivant de la loi, d'une convention loi des parties ou de la jurisprudence, le problème demeure entier.

Quels sont (*in concreto*) les éléments que le juge pourrait retenir pour conclure à la passation d'un acte juridique sur le réseau ?

La question fondamentale à résoudre est donc très précisément la suivante : les techniques modernes fournissent-elles des présomptions admissibles dont on puisse induire l'existence d'un acte juridique, le contenu d'un acte et l'identification des parties à cet acte ?

On ne procédera pas à une analyse détaillée des modes techniques d'administration de la preuve (42). On citera seulement quelques techniques susceptibles de fournir une solution aux problèmes de preuve se posant aux trois niveaux évoqués.

a) Preuve de l'existence de la convention

L'utilisation d'un code secret (ou d'un numéro d'abonnement) ne permet d'identifier que l'abonné ou le titulaire des moyens d'accès, mais pas la personne physique qui conclut la transaction.

Il faudrait donc imaginer des techniques permettant de reconnaître à distance une caractéristique physique de l'individu. Ces techniques seraient particulièrement utiles dans le domaine du vidéotex et des mouvements électroniques de fonds.

La reconnaissance dynamique de la signature, des empreintes digitales ou vocales sont des méthodes envisageables, mais encore à l'état de recherche ou de prototype.

(41) Fr. Chamoux, *La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve*, J.C.P., 1981, II, 3008.

(42) Pour une analyse de ces modes techniques, on consultera A. Grissonnanche, *Data Protection and Data Security Technology*, Document dactylographié ADI, GMD, NCC, 03.15.1983, 24 et s. ; J.P. Chamoux, H. Delahaie, H. Grissonnanche, *Preuve et sécurité dans les réseaux informatiques*. Rapport de synthèse, document dactylographié, septembre, 1980, spéc. 111 et s.

On pourrait songer également à l'adoption d'un système cryptographique à clé publique, « il deviendrait techniquement possible de "signer" l'information d'une manière qui soit aussi convaincante pour les parties qu'une signature traditionnelle sur un document de papier » (43). L'intérêt de ce système serait d'établir à la fois une preuve de l'identité des parties et du contenu de la convention.

c) Preuve du contenu de la convention

Quel que soit le type de contrat télématique envisagé, il peut être intéressant en cas de contestation d'établir le contenu de la convention (exemple : prix, quantités demandées...) ou le contenu d'une prestation issue de celle-ci (exemple : information transmise par vidéotex).

Deux problèmes se posent (44).

Il s'agit de prouver que le contenu de la transaction n'a pas été modifié par le destinataire et qu'il n'a pas été modifié au cours de la transmission.

Il ne semble pas qu'il existe, à part les procédures de chiffrement (45) à clé, de méthode opérationnelle en ce domaine.

Peut-être une impression en caractères différenciés du type télex pourrait-elle fournir une trace du message transmis.

Mais la fiabilité de cette trace n'est pas absolue. La force de la présomption qui s'y attache(rail) est, dès lors, relative, d'autant plus qu'on peut difficilement lui reconnaître la qualité de preuve contradictoire.

Enfin, il est évident que le procédé de l'écrit confirmatif de la commande pourrait utilement être imposé en matière de contrats conclus par la télématique mais exécutés au dehors. Il s'agirait d'une mesure spécifique de protection des consommateurs. Il resterait à s'interroger sur la nature de cet écrit, simple écrit probatoire ou condition d'existence du contrat.

III. — LES DOCUMENTS INFORMATISÉS ET LA CONSERVATION D'ACTES OU DE FAITS JURIDIQUES

Les faits à l'origine d'une décision de la cour d'appel de Gand (46) permettent d'illustrer la question soulevée. Une ad-

(43) *Aspects juridiques du traitement automatique des données*, Doc. de la Commission des N.U. pour le droit commercial international, A/CN 9/238, 18 mars 1983.

(44) Sur ce point, J.P. Chamoux, H. Delahaie, A. Grissonnanche, *op. cit.* 36.

(45) Cf. J.P. Chamoux, *op. cit.*, 114.

(46) Gent, 3 juin 1980, J.C.B., 1982, III, 406.

ministration fiscale avait rejeté la comptabilité d'une SPRL au motif que cette comptabilité avait été établie sur des feuillets mobiles au moyen d'un ordinateur. La cour d'appel, tout en reconnaissant que de tels documents n'équivalaient pas à ceux prévus par la loi, estime cependant qu'il n'y a pas lieu de les exclure de soi et que notamment ils peuvent servir de base à la décision de l'administration.

Nul ne conteste la nécessité pour les entreprises de pouvoir procéder, en ce qui concerne la conservation de ces documents comptables, à des enregistrements directs ou indirects sur bandes magnétiques.

Dans quelle mesure ces enregistrements, ces "copies", font-ils foi de l'original ? Si l'article 1334 du code civil prescrit que les "copies", lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre dont la représentation peut toujours être exigée, le code civil français a cependant voulu accorder à certaines copies, en particulier aux microfilms de sortie d'ordinateur, une valeur probante supérieure à celle prévue à l'article 1334 du code civil.

L'article 1348, alinéa 2, du code civil français prévoit, en effet, qu'on fait exception à la règle de l'article 1341 du code civil "aux cas" où une partie ou le dépositaire n'a pu conserver le titre original et présente une copie qui en est la reproduction fidèle et durable. Le même article précise qu'est « réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ». Certaines normes, en particulier la norme AFNOR Z 43061 (47), ont établi certaines règles relatives au traitement, à la prise de vue, au type de film et à l'archivage des microfilms. L'arrêté du 27 avril 1982 fixant le plan comptable organise de son côté des modalités de la tenue des livres comptables sur support informatisé.

La démarche allemande est analogue. En l'occurrence, elle s'appuie sur les prescrits légaux en matière de livres de commerce. Après avoir défini les livres à tenir obligatoirement par les commerçants (§ 44), le Handelsgesetzbuch (§ 44 a) prévoit que « les documents commerciaux reçus peuvent être conservés à la place de l'écrit originaire sous forme de reproduction réduite par microfilm quand la procédure, lors de cette reproduction, correspond à des principes de classement et qu'il est certain que la reproduction est conforme à l'original » (48).

(47) Sur la norme expérimentale, Fr. Chamoux, *La preuve dans les affaires* op. cit. 150.

(48) Sur ces dispositions du code de commerce allemand (HGB), Brüggeman - Würdinger, HGB, Gross. Komm., §§ 1 - 104, W. de Gruyter, 1977, § 44, 492 et s.

Ce texte légal, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1977, a été suivi de normes ("Microfilm - Grundsätze) édictées par le ministère des Finances et de l'Économie et récemment modifiées en date du 1^{er} février 1984.

En droit belge, les dispositions du code civil relatives à la preuve n'ont pas été modifiées, mais, du point de vue comptable, on a admis la validité de la conservation des documents et pièces justificatives sous forme de microfilm (49).

Ainsi, se dégagent progressivement, d'une part, le principe de la reconnaissance des documents informatisés comme mode de conservation des originaux, d'autre part, les modalités ou conditions de cette reconnaissance. A cet égard, on constatera que les règles recommandées aux Etats membres par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe (50) consacrent cette tendance, nonobstant le retard de nombre de réglementations nationales à leur donner application.

CONCLUSION

Selon René David (51), ce sont les règles de procédure qui, fondamentalement, justifient les approches profondément originales suivies, d'une part, par le droit continental, d'autre part, par le droit anglo-saxon. C'est ce fait qui nous a conduits à envisager séparément la recevabilité des documents informatisés comme moyen de preuve, dans l'un puis dans l'autre régimes juridiques.

Des similitudes nous frappent, même si un fossé sépare encore les deux raisonnements. Le droit est bien forcé de reconnaître le fait de l'informatisation. Il le fait dans les deux ordres juridiques, d'abord par l'élargissement de certaines exceptions. Dans la Common Law, « le problème fondamental tient à la règle qui interdit la preuve par ouï-dire » (52). Dans nos droits civils continentaux, l'obstacle est l'exigence de l'écrit.

A ce travail jurisprudentiel, succède l'œuvre législative. Bien des questions techniques ne peuvent être résolues par les magistrats et exigent la consécration de règles ; ainsi, le Civil Evidence Act anglais de 1968 mais également la loi française

(49) Paul Lurkin, *Le nouveau droit comptable belge*, FEB, 1978, p. 191 ; pour une analyse des implications de la loi comptable belge récemment révisée et de ses arrêtés d'exécution, lire C. Van Wijmeersch, in J. Autenne, J. de Lame et C. Van Wijmeersch, *Le statut comptable et fiscal de l'informatique*, Doc. du C.R.I.D. (Namur), 8 novembre 1984, p. 2 et s.

(50) Recommandation n° R (81) 20.

(51) René David, *Les grands systèmes de droit comparé*, 4^e éd., 1971, § 316.

(52) D. Kirby, *Aspects juridiques de la technologie de l'information*, in Une analyse préliminaire des problèmes juridiques dans l'informatique et les communications, OCDE, Doc. DUC, n° 8, Paris, 1983, 52.

du 12 juillet 1980 posent certains principes quant à la recevabilité par les tribunaux des "traces informatiques".

On notera que ces principes doivent être édictés de façon suffisamment générale et souple, de façon à laisser place à l'évolution des techniques. Pour l'application de ces principes, le droit préfère agir par le biais de "recommandations", de "normes" plus facilement modifiables et moins contraignantes. Il s'agit d'éviter le plus possible de lier les définitions et les concepts légaux à un état de la technique et de laisser à des institutions plus spécialisées largement ouvertes aux praticiens et conscientes des nécessités et contraintes de la technique, d'une part, des affaires, d'autre part, le soin de traduire les concepts volontairement flous de la législation.

Au-delà de ces réglementations et "quasi réglementations" nationales, se dessine également un mouvement vers une réglementation internationale. C'est que l'économie de l'information est internationale. « Il est donc urgent de prendre des dispositions à l'échelon international en vue d'établir des règles concernant l'acceptation juridique des données commerciales transmises par télécommunication », note le secrétariat général de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (53). Les règles relatives à la recevabilité des documents informatisés, les règles relatives à la signature, ne peuvent être différentes d'un pays à l'autre dans un domaine où les frontières n'existent plus et où la donnée signée et transmise électroniquement doit pouvoir être reconnue en tous lieux et à tout moment. Comme le note le secrétaire général de la CNUDCI (54) :

« Devant la nécessité de s'adapter à l'emploi généralisé des ordinateurs à des fins commerciales et administratives, nombre de pays ont modifié leur législation pertinente de façon à permettre cet emploi et à accepter comme moyen de preuve les documents enregistrés par ordinateurs ou supports de mémoires, pourvu qu'ils répondent à certains critères. La disparité des critères ainsi utilisés pour décider de leur valeur juridique, de même que le refus d'autres Etats de leur reconnaître une telle valeur, posent de graves problèmes quand des enregistrements conservés dans un Etat doivent servir de preuve dans un litige naissant dans un autre. »

Ainsi, nous étions partis, juristes classiques, du constat de l'originalité de chaque droit national de la preuve et voilà que l'existence d'une économie internationale, fondée sur des flux

transfrontières d'informations, nous contrainst à envisager un droit international de la preuve informatique. A nous, juristes, de relever ce défi, non en nous sacrifiant à une technique toujours changeante mais en approfondissant nos concepts : qu'est-ce qu'une signature ? Quelle est la finalité de la preuve en droit ? Quelle est l'essence de la distinction acte - fait juridique ?

* *

DÉBATS SUR LA COMMUNICATION DE MM. AMORY ET POULLET

M. PHILIPPE s'interroge sur la valeur probante des documents informatiques et sur l'application éventuelle de l'article 1348 du code civil qui dispense de preuve écrite en cas d'impossibilité morale de préconstituer cet écrit. Certains ont assimilé cette impossibilité morale à l'usage. L'usage des guichets informatiques est tellement répandu que l'on pourrait considérer qu'il existe un usage de ne pas constituer un écrit.

M. POULLET répond qu'il faudrait distinguer l'impossibilité morale de l'impossibilité matérielle. Dans le cas des guichets électroniques, il s'agit pour beaucoup d'impossibilité matérielle d'avoir un écrit. La question de l'usage qui constituerait un cas d'impossibilité morale, comme l'affirme M. Malengreux, est fortement contestée. Les juristes des banques sont si peu convaincus de cette assimilation qu'ils font signer aux personnes qui ont des cartes de banque une convention par laquelle elles reconnaissent que l'utilisation du code secret suffira comme signature, par dérogation à l'article 1341 du code civil. On retombe donc sur la question de savoir si cet article est d'ordre public ou non.

(53) CNUDCI, *Aspects juridiques du traitement automatique des données* A/CN. 9/238, p. 2, n° 5.

(54) CNUDCI, rapport du secrétaire général, *Aspects juridiques du traitement automatique des données* A/CN. 9/254, p. 2, n° 5.